



# VERWALTUNGSGERICHT MAINZ

## BESCHLUSS

In dem Verwaltungsrechtsstreit

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte:

beigeladen:

Prozessbevollmächtigte:

w e g e n      Bewerbung um eine Beförderungsstelle  
                 hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Mainz aufgrund der Beratung vom 24. Januar 2018, an der teilgenommen haben

Präsidentin des Verwaltungsgerichts Dr. Freimund-Holler  
Richterin am Verwaltungsgericht Riebel  
Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Lindemann

beschlossen:

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle der Leitung der Abteilung Verbraucherschutz beim Ministerium für X.X. mit der Beigeladenen zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung der Antragstellerin bestands- oder rechtskräftig entschieden worden ist.

.....

.....

### **G r ü n d e**

- 1 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO hat Erfolg.
- 2 Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin durch eine Veränderung des bestehenden Zustands vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dabei muss sowohl die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung eines Rechts (Anordnungsgrund) sowie ein Recht i.S.d. des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO (Anordnungsanspruch) glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 3 i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Vorliegend hat die Antragstellerin sowohl den Anordnungsgrund als auch den Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.
- 3 Dem Anordnungsgrund steht nicht entgegen, dass es sich bei der Antragstellerin in Bezug auf den zu besetzenden Dienstposten - der im Vergleich zu ihrem Statusamt für sie nicht höherwertig ist - um eine Umsetzungsbewerberin handelt. Zwar haben Umsetzungsbewerber grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Bewerbungsverfahrensanspruch), sie können sich mithin nicht auf die Gefährdung eines Rechts i.S.d. § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO berufen. Dies ändert sich jedoch, sobald der Dienstherr die Stelle offen

ausschreibt und sich entscheidet, bei der konkreten Stellenbesetzung Beförderungs-, Versetzungs- und Umsetzungsbewerber gleich zu behandeln (BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 – 2 C 17.03 – und vom 26. Januar 2012 – 2 A 7/09 –, jeweils juris). Für diesen Fall können alle Bewerber verlangen, nach dem Maßstab der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG behandelt zu werden, unabhängig davon, ob sie an dem Verfahren als Beförderungs-, als Umsetzungs- oder Versetzungsbewerber teilnehmen (Hess. VGH, Beschluss vom 26. November 2008 – 1 B 1870/08 – sowie Bay. VGH, Beschluss vom 11. November 2008 – 3 CE 08.2643 – juris, Rn. 30). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Die Stellenausschreibung richtete sich an alle Beamte, die ein Amt mindestens der Besoldungsgruppe A16 innehaben, sowie an vergleichbar eingruppierte Tarifbeschäftigte. Da die streitige Stelle nach B3 besoldet wird, hat der Antragsgegner das Auswahlverfahren sowohl für Bewerber eröffnet, für die der streitige Dienstposten ein Beförderungsdienstposten darstellt, wie auch für Umsetzungs- und Versetzungsbewerber. Dies entspricht auch der Aussage des Antragsgegners in dem an die Staatskanzlei gerichteten Schreiben vom 27. April 2017 (vgl. Blatt 4 der Verwaltungsakte), wonach die Funktion der Abteilungsleitung ausgeschrieben und mit der bestgeeigneten Person besetzt werden sollte.

- 4 Kann sich die Antragstellerin demnach auf den Bewerbungsverfahrensanspruch als zu sicherndes Recht berufen, so droht ihr insoweit bei Besetzung der Stelle durch die Beigeladene auch die Vereitelung oder Erschwerung ihres Rechts, da eine solche Besetzung nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden kann. Zwar soll die Übertragung des Dienstpostens zunächst nur zur Erprobung nach § 31 TV-L erfolgen (vgl. das Schreiben an A. vom 15. November 2017, Blatt 107 der Verwaltungsakte), was eine Rückgängigmachung der Übertragung aus jedem sachlichen Grund ermöglichen dürfte. Da der Antragsgegner jedoch zur Frage der Dauer der Erprobung lediglich mitgeteilt hat, dass die Erprobungszeit mindestens sechs Monate betragen solle, und damit eine dauerhafte Übertragung auch tatsächlich nach sechs Monaten – innerhalb derer eine Hauptsacheentscheidung nicht erwartet werden kann - in Betracht kommt, muss das Gericht schon jetzt die Übertragung auf Dauer in den Blick nehmen, zumal die diesbezügliche Zustimmung der Ministerpräsidentin zur endgültigen Funktionsübertragung bereits mit Schreiben vom 15. November 2017 ( Blatt 107 der Verwaltungsakte) beantragt wurde. Die Frage der möglichen Rückgängigmachung der Stellenbesetzung ist vorliegend nicht

beamtenrechtlich, sondern arbeitsrechtlich zu beurteilen, da es sich bei der Beigeladenen nicht um eine Beamtin, sondern um eine Tarifbeschäftigte handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 18. September 2007 – 9 AZR 672/06 – juris) erledigt sich eine Konkurrentenklage mit der endgültigen Übertragung des Amts auf den Mitbewerber. Dies ist dann der Fall, wenn dem ausgewählten Bewerber im Hinblick auf die Stelle eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt ist. So wäre es hier.

- <sup>5</sup> Bei der Frage der gesicherten Rechtsposition ist zunächst festzuhalten, dass es vorliegend nicht um eine schlichte Versetzung auf eine andere B3-Stelle geht, sondern um die Übertragung einer Führungsfunktion, die in § 31 TV-L eigens geregelt ist. § 31 TV-L sieht in seinem Absatz 3 vor, dass nach Bewährung in einer Erprobungszeit die Führungsfunktion auf Dauer übertragen wird. Entsprechend dieser Vorschrift will der Antragsgegner vorgehen, wobei er von der Bewährung der Beigeladenen bereits im Vorfeld ausdrücklich ausgeht (vgl. das Schreiben vom 15. November 2017, a.a.O.). Wird aber entsprechend dem Tarifvertrag ein Dienstposten erst nach Bewährung in einer Probezeit „auf Dauer“ übertragen, kann eine solche Position nicht – wie bei einer Übertragung im Wege einer beamtenrechtlichen Versetzung oder Umsetzung, für die rechtlich keine Übertragung auf Dauer nach Bewährung in einer Probezeit vorgeschrieben ist - ohne weiteres rückgängig gemacht werden. Dies ergibt sich zudem daraus, dass mit der Übertragung der Führungsfunktion auf Dauer eine Änderung des Arbeitsvertrags der Beigeladenen zwar nicht hinsichtlich ihrer Vergütung aber hinsichtlich ihrer Tätigkeit einhergeht. Nach Übertragung der Stelle auf Dauer ist Gegenstand der Tätigkeit der Beigeladenen die Führungsfunktion, die bisher nicht Gegenstand des Arbeitsvertrags war. Schon in der Wahrnehmung und Inanspruchnahme der neuen Aufgabe durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber kommt mit hinreichender Sicherheit der beiderseitige rechtsgeschäftliche Wille zum Ausdruck, den Arbeitsvertrag entsprechend abzuändern (vgl. zur Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit auf Dauer, LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26. Oktober 2010 – 5 Sa 134/09 – juris, Rn. 74). Mit der Übertragung des Dienstpostens auf Dauer würde die Beigeladene damit eine gesicherte Rechtsposition im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erlangen. Hinzukommt, dass B3-Stellen mit Führungsfunktion nicht so häufig zur Verfügung

stehen dürften, dass die Beigeladene problemlos auf eine entsprechende Stelle wieder umgesetzt oder versetzt werden könnte.

- 6 Soweit der Antragsgegner meint, dass ein Anordnungsgrund letztlich deshalb zu verneinen sei, weil er - sollte sich die Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen - die Möglichkeit habe, das Auswahlverfahren abubrechen und den streitigen Dienstposten der Beigeladenen ohne weitere Auswahlentscheidung nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG durch Versetzung zu übertragen, ist dem nicht zu folgen. Ob der Antragsgegner von solch einer Vorgehensweise – zumal in Kenntnis dieses Beschlusses – tatsächlich Gebrauch machen würde, ist – abgesehen von rechtlichen Bedenken (vgl. dazu auch den Hinweis am Ende des Beschlusses) – völlig offen und daher für die Frage des Anordnungsgrundes unbeachtlich.
- 7 Die Antragstellerin hat weiterhin einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Denn die Auswahlentscheidung des Antragsgegners ist fehlerhaft und verletzt den Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin.
- 8 Auswahlentscheidungen sind grundsätzlich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die auf das Statusamt bezogen sind. Sind die Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt und ergibt auch eine Einzelauswertung der Beurteilungen keinen Beurteilungsvorsprung für den einen oder anderen Bewerber, kann die zuständige Behörde auf andere leistungsbezogene Gesichtspunkte abstellen. So kann sie z.B. der dienstlichen Erfahrung oder der Verwendungsbreite Vorrang einräumen (BVerwG, Beschluss vom 22. November 2012 – 2 VR 5/12 – juris, Rn.25). Es ist aber auch nicht zu beanstanden, auf das leistungsbezogene Erkenntnismittel eines sogenannten strukturierten Auswahlgesprächs zurückzugreifen (BVerwG, Beschluss vom 27. April 2010 – BVerwG 1 WB 39.09 – juris, Rn. 39). Unter bestimmten Voraussetzungen darf die Behörde zudem vor der eigentlichen Auswahlentscheidung eine Vorauswahl aufgrund eines Anforderungsprofils unter den Bewerbern treffen. Der Entscheidungsprozess der Behörde hat außerdem ergebnisoffen zu erfolgen, d.h. es darf keine Vorabentscheidung zugunsten eines Bewerbers stattfinden (Sächs.OVG, Beschluss vom 22. April 2010 – 2 B 55/10 – juris). Jeder der angesprochenen Punkte ist vorliegend fehlerbehaftet.

- 9 Was das in der Stellenausschreibung zum Ausdruck gekommene (konstitutive) Anforderungsprofil betrifft, ergibt sich eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin daraus, dass der Antragsgegner bei der Beigeladenen zu Unrecht das Anforderungsprofil als erfüllt angesehen hat. Die Beigeladene entspricht jedoch in mindestens zwei Punkten dem Anforderungsprofil nicht, mit der Folge, dass sie in das eigentliche Auswahlverfahren nicht hätte einbezogen werden dürfen. Als (konstitutives) Anforderungsprofil hat der Antragsgegner folgende Punkte festgelegt:
- 10 - Befähigung für das 4. Einstiegsamt der Beamtenlaufbahn bzw. das Vorliegen entsprechender tarifrechtlicher Voraussetzungen aufgrund eines abgeschlossenen juristischen Hochschulstudiums sowie eines entsprechenden Vorbereitungsdienstes oder – als gleichwertige formale Voraussetzung – aufgrund eines mit gutem Erfolg abgeschlossenen universitären Hochschulstudiums, das einen Bezug zu verbraucherpolitischen Fragestellungen aufweist, z.B. durch ökonomische, soziale, politologische, juristische oder auch konkret verbraucherbezogene Aspekte
- 11 - langjährige Berufserfahrung
- 12 - mehrjährige Führungserfahrung
- 13 - Berufserfahrung und vertiefte Kenntnisse im wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verbraucherschutz
- 14 Die Beigeladene erfüllt schon nicht das Erfordernis eines entsprechenden universitären Hochschulstudiums. Sie hat zwar ein universitäres Studium absolviert und mit dem Magister Artium abgeschlossen. Ihr Studium hat jedoch keinerlei Bezug zu verbraucherpolitischen Fragestellungen wie in der Stellenausschreibung gefordert. Sie hat nämlich im Hauptfach „Deutsche Sprache und Literatur“ und in den Nebenfächern „Mittlere und Neuere Geschichte“ sowie „Journalistik“ studiert. Soweit der Antragsgegner im Auswahlvermerk den Bezug dieses Studiums zu verbraucherpolitischen Fragestellungen mit der Begründung „Kommunikation im verbraucherpolitischen Umfeld“ herzustellen versucht, ist dies nicht ansatzweise nachvollziehbar. Was das Anforderungsmerkmal „Berufserfahrung im

wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verbraucherschutz“ betrifft, wurde dies im Auswahlvermerk nicht einmal geprüft. Es kann dahinstehen, warum dies nicht geschehen ist, jedenfalls ist festzustellen, dass die Beigeladene auch dieses Anforderungsmerkmal nicht erfüllt. Es ist nicht erkennbar, dass die Beigeladene im Verbraucherschutz nennenswerte Berufserfahrung sammeln konnte. Die Punkte, die der Antragsgegner im Auswahlvermerk unter „vertiefte Kenntnisse im wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verbraucherschutz“ bei der Beigeladenen aufführt, zeugen nicht von einer Berufserfahrung im Verbraucherschutz. Die Tätigkeit als Bundesratsreferentin oder als Leiterin des Ministerbüros stellt eine Querschnittsaufgabe dar, die unter vielem anderen punktuell auch einmal Berührung zu Fragen des Verbraucherschutzes haben mag. Eine einschlägige Berufserfahrung, wie sie etwa in einer Verbraucherschutzabteilung oder in einer Verbraucherschutzzentrale erworben wird, vermittelt eine solche Tätigkeit nicht. Auch aus ihrem Aufgabengebiet als Referentin für Grundsatzfragen der Wirtschaftspolitik (mit Enquetekommission Tourismus) lässt sich eine schwerpunktmäßige und spezifische Befassung mit dem wirtschaftlichen oder rechtlichen Verbraucherschutz und damit eine entsprechende Berufserfahrung nicht ersehen. Sie ist jedenfalls durch nichts belegt. Der Antragsgegner versucht diese Hürde zu überwinden, indem er im Auswahlvermerk ohne jegliche Begründung behauptet, die Beigeladene denke und – dies in Klammerzusatz - prüfe die Sicht der Verbraucher mit. Inwieweit sich daraus eine nennenswerte einschlägige Berufserfahrung ergeben soll, erschließt sich dem Gericht nicht. Im Übrigen stellt sich die Frage, wie der Antragsgegner zu solch einer Aussage kommt, hat er sich doch ausweislich der Akten nicht näher mit den Tätigkeiten der Beigeladenen befasst. Die Beigeladene selbst hat in ihrer Bewerbung (vgl. Blatt 54 der Verwaltungsakte) hinsichtlich ihrer Kenntnisse verbraucherpolitischer Fragestellungen allein auf ihre Tätigkeit als Bundesratsreferentin und auf verbraucherrelevante Vorgänge im Ministerbüro verwiesen, nicht aber auf ihre jetzige Tätigkeit. Letztlich findet sich auch im Zwischenzeugnis vom 16. Mai 2016, das die B. der Beigeladenen ausgestellt hatte, keinerlei Hinweis auf eine Tätigkeit auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes.

- <sup>15</sup> Fehlen damit bei der Beigeladenen bereits zwei Merkmale des Anforderungsprofils, kommt es nicht mehr darauf an, ob die geforderte mehrjährige Führungserfahrung zu Recht bejaht wurde. Zweifelsfrei ist dies nicht.

- 16 Anders als die Beigeladene erfüllt die Antragstellerin sämtliche Anforderungsmerkmale ohne Einschränkung. Insofern kann auf den Auswahlvermerk Bezug genommen werden. Ergänzend ist noch anzuführen, dass das Anforderungsmerkmal Berufserfahrung im maßgeblichen Zeitpunkt des Auswahlvermerks vom 13. November 2017 bei der Antragstellerin erfüllt wird. Sie ist seit Juli 2016 stellvertretende Abteilungsleiterin der Abteilung Verbraucherschutz und ist im Referat rechtlicher Verbraucherschutz, Rechtsangelegenheiten des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes tätig.
- 17 Abschließend ist hinsichtlich des Anforderungsprofils noch festzustellen, dass dieses in den abgehandelten Punkten rechtlich auch zulässig war. Angesichts der komplexen Anforderungen einer Verbraucherschutzabteilung ist es gerechtfertigt, ein entsprechendes Studium und entsprechende Berufserfahrung zu fordern. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Bewerber des 4. Einstiegsamts (vgl. § 15 Abs. 5 Landesbeamtengesetz) mit jedem beliebigen Studium ohne weiteres für einen solchen Dienstposten geeignet ist. Da der Verbraucherschutz weitgehend rechtlich dominiert ist, ist insofern die Forderung nach einem juristischen Studium naheliegend und zulässig. Da aber auch in anderen Studiengängen Fachkenntnisse auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, die von einem Jurastudium nicht abgedeckt werden, vermittelt werden, ist es ebenfalls nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner auch andere Studiengänge „mit Bezug“ als Vorbildung gefordert hat. Insofern wird das Bewerberfeld nur um diejenigen reduziert, die – wie die Beigeladene - ein universitäres Studium ohne Bezug zum Verbraucherschutz absolviert haben. Die Reduzierung des Bewerberfeldes im Hinblick auf die geforderte einschlägige Berufserfahrung ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Klarstellend sei noch ausgeführt, dass die Anforderung „vertiefte Kenntnisse im wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verbraucherschutz“ kein zulässiges Anforderungsmerkmal für eine Vorauswahl darstellt, da es nicht eindeutig und leicht feststellbar ist, vielmehr eine Wertung des Dienstherrn erfordert.
- 18 Im weiteren Auswahlverfahren hat der Antragsgegner gegen den Grundsatz der Ergebnisoffenheit des Entscheidungsprozesses verstoßen. Wie oben ausgeführt, hat der eigentliche Auswahlprozess mit dem Vergleich der Beurteilungen der Bewerber zu beginnen. Erst wenn der Vergleich der Beurteilungen ergeben hat, dass diese im Wesentlichen gleich sind und auch die inhaltliche Einzelauswertung



zu keinem Beurteilungsvorsprung geführt hat, kann zur weiteren Entscheidungsfindung auch ein strukturiertes Auswahlgespräch durchgeführt werden. Dieses Vorgehen hat der Antragsgegner sozusagen auf den Kopf gestellt, indem er den Entscheidungsprozess mit dem strukturierten Auswahlgespräch begonnen hat und sich bereits aufgrund des Auswahlgesprächs und damit vorzeitig auf die Beigeladene festgelegt hat. Letzteres ergibt sich für das Gericht zum einen aus der E-Mail der C. vom 18. September 2017 an den D. (vgl. Blatt 63 der Verwaltungsakte). Diese E-Mail lautet wie folgt:

- 19 Sehr geehrter Kollege Dr. D.,
- 20 Frau E. F., die bei Ihnen im Ministerium beschäftigt ist, hat sich bei uns für die Stelle der Abteilungsleitung Verbraucherschutz beworben. Aus dem Auswahlverfahren ist sie als favorisierte Bewerberin hervorgegangen. Daher bitte ich Sie zur Komplettierung unseres Auswahlverfahrens und unserer Unterlagen um eine aktuelle Beurteilung von Frau F., die sich auf einen Beurteilungszeitraum von 3 Jahren gründet. Da wir das Stellenbesetzungsverfahren gerne bis zum 15.10.2017 abschließen möchten, wäre ich Ihnen für eine zeitnahe Zusendung sehr dankbar. Für Fragen steht Frau G., unsere Referatsleitung für Personal und Personalentwicklung gerne zur Verfügung.
- 21 Herzliche Grüße  
C.  
--  
C.  
Leiterin der Abteilung Zentrale Aufgaben
- 22 Aus dieser E-Mail geht für das Gericht eindeutig hervor, dass sich der Antragsgegner bereits aufgrund des Auswahlgesprächs auf die Beigeladene festgelegt hatte und es bei der einzuholenden aktuellen Beurteilung lediglich um die „Komplettierung“ des Auswahlverfahrens und der Unterlagen ging. Letzteres verkennt gänzlich die Funktion von dienstlichen Beurteilungen als die entscheidende Grundlage für die Bewerberauswahl. Bestätigt wird die vorzeitige Festlegung auf die Person der Beigeladenen zum anderen durch eine Aussage der Ministerin, die diese nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragstellerin am 25. Oktober 2017 in einem persönlichen Gespräch mit der Antragstellerin getätigt hat. In diesem Gespräch – so die Antragstellerin – habe sich Frau Ministerin H. bei der Antragstellerin für das Tohuwabohu und das Hin und Her entschuldigt, habe jedoch betont, dass sie, die Antragstellerin, nicht davon ausgehen könne, dass man die Entscheidung für Frau F. infrage stellen oder korrigieren werde. Am 25. Oktober

2017 lag aber lediglich ein Entwurf der Beurteilung der Beigeladenen vor, die der Antragsgegner vom Wirtschaftsministerium „vorab zur Orientierung“ (vgl. die E-Mail vom 12. Oktober 2017, Blatt 75 der Verwaltungsakte) erhalten hatte. Die endgültige Beurteilung wurde erst am 7. November 2017 erstellt und danach dem Antragsgegner zugeleitet. Nach alledem wurde das die Auswahlentscheidung vorbereitende Verfahren der Entscheidungsfindung nicht ergebnisoffen geführt und ist damit verfahrensfehlerhaft. Dass der Verfahrensgang im Auswahlvermerk anders dargestellt wurde – auch von der Reihenfolge her – ist unerheblich (vgl. auch Sächs. OVG, Beschluss vom 22. April 2010, a.a.O.).

- 23 Im Weiteren ist auch der Vergleich der Beurteilungen mit dem Ergebnis, dass diese vergleichbar und gleichwertig seien, rechtlich zu beanstanden. Diese sind nämlich nicht vergleichbar und der Antragsgegner hat auch eine Vergleichbarkeit nicht hergestellt. Damit konnte auch nicht von einer Gleichwertigkeit ausgegangen werden.
- 24 Beurteilungen sind nur dann vergleichbar, wenn sie gleichermaßen aktuell sind, im gleichen Statusamt erzielt und auf einheitlichen Beurteilungsvorgaben beruhen (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – 1 B 1419/16 – juris, Rn. 11). Die mangelnde Vergleichbarkeit folgt vorliegend allerdings nicht bereits daraus, wie die Antragstellerin meint, dass sie gegenüber der Beigeladenen das höhere statusrechtliche Amt innehat. Dies ist nicht der Fall. Maßgeblich ist nämlich insoweit, dass die Beigeladene eine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe B3 erhält. Es ist insoweit auch nicht ersichtlich, dass sie unterwertig eingesetzt worden ist. Der Antragsgegner hat dargelegt, dass die Dienstposten, die die Beigeladene während des Beurteilungszeitraums innehatte, wohl bis auf den Zeitraum vom 17. bis 31. Mai 2016 mit B3 bewertet waren. Auch der aktuelle Dienstposten der Beigeladenen ist nach B3 bewertet. Gemäß den Angaben des Antragsgegners ist dies der Fall, weil zu der Tätigkeit als Referentin noch die Koordination der Enquete-Kommission Tourismus hinzugetreten ist. Das Gericht hat keinen Anlass, an diesen Angaben des Antragsgegners zu zweifeln.
- 25 Die fehlende Vergleichbarkeit der Beurteilungen folgt vorliegend aber daraus, dass sie auf der Grundlage unterschiedlicher Beurteilungsvorgaben erstellt worden sind. Während die Antragstellerin auf der Grundlage der Beurteilungsgrundsätze des

Ministeriums für X.X. vom 1. November 2016 beurteilt wurde, beruht die Beurteilung der Beigeladenen auf der Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Y.Y. vom 28. Dezember 2007, deren unmittelbare Geltung sich zwar nur auf Beamte des Landesbetriebs Mobilität, des Landesamts für Geologie und Bergbau, des Landesamts für Mess- und Eichwesen sowie der Dienstleistungszentren Ländlicher Raum erstreckt, die aber nach Aussage des Y.Y. (vgl. das Schreiben vom 21. Dezember 2017 an den Antragsgegner, Bl. 167 der Gerichtsakte) bei jeder Beurteilung im Y.Y. zugrunde gelegt werde. Dass die Beurteilungen der Antragstellerin und der Beigeladenen vorliegend auf unterschiedlichen Beurteilungsvorgaben beruhen, schließt einen Vergleich der Bewerber zwar nicht grundsätzlich aus. Allerdings muss der Dienstherr dann zunächst die Vergleichbarkeit der Beurteilungen herstellen (Hess. VGH, Beschluss vom 14. Juli 2016, a.a.O., Rn. 12). Er muss für die unterschiedlichen Beurteilungen einen objektiven Vergleichsmaßstab bilden, auf dessen Grundlage er den Versuch zu unternehmen hat, die Beurteilungen miteinander zu vergleichen (OVG Lüneburg, Beschluss vom 31. Dezember 2015, 5 ME 196/15 – juris). Vorliegend hat es der Antragsgegner versäumt, die Vergleichbarkeit der Beurteilungen herzustellen. Er hat zwar gesehen, dass die Skalierung der Bewertungen in den beiden Beurteilungssystemen unterschiedlich ist. Er hat sich dann aber damit begnügt, die Bewertung B Y.Y. seiner Bewertung B+ – im Übrigen ohne jegliche Begründung – gleichzusetzen. Möglicherweise hat er dabei zugrunde gelegt, dass B und B+ jeweils die zweitbeste Note in der Notenskala darstellen, dass er mithin von der Spitze der Notenskala ausgehend absteigend die jeweilige Notenstufe gleichsetzt. Abgesehen davon, dass dies nach unten hin bei dem System des Antragsgegners zu einem „Überhang“ an Bewertungen führt, wird dies der Unterschiedlichkeit der Bewertungsskalen nicht gerecht, da die Definitionen der einzelnen Bewertungsstufen dabei völlig ausgeblendet werden. Diese unterscheiden sich nämlich teilweise wesentlich. Ein Gleichklang besteht insoweit lediglich hinsichtlich der Stufen B (jeweils „übertrifft die Anforderungen“) sowie D (jeweils „entspricht teilweise den Anforderungen“) und E (jeweils „entspricht nicht den Anforderungen“). Wesentliche Unterschiede ergeben sich bei den Spitzennoten. Beim Y.Y. wird die Spitzennote A bereits erreicht, wenn die Anforderungen erheblich übertroffen werden. Dies würde von der Definition her eher der Stufe B+ („übertrifft die Anforderungen besonders“) beim Antragsgegner entsprechen als der Stufe A, die mit „übertrifft die Anforderungen in besonders hervorragender Art und Weise“

definiert wird. Das System des Antragsgegners sieht mithin eine absolute Spitzennote vor, die von der Definition her nur wenigen Beamten zuteilwerden dürfte. Weiterhin ausgeblendet hat der Antragsgegner bei der Betrachtung der Beurteilungen, dass die Beurteilung der Antragstellerin bereits eine mit den Höchstnoten A und B+ bewertete Potenzialbeurteilung hinsichtlich einer B6-Stelle beinhaltet.

- 26 Abgesehen von der unzureichenden Herstellung der Vergleichbarkeit der Beurteilungen hat der Antragsgegner beim konkreten Vergleich der Beurteilungen weiterhin nicht berücksichtigt, dass der Beigeladenen erst während des Beurteilungszeitraums (1. August 2014 – 31. Juli 2017), nämlich ab 15. August 2015 mit Erhalt der Stelle der Leiterin des Ministerbüros eine Vergütung B3 analog zugesprochen wurde. Der Beurteilungszeitraum umfasst damit zu 1/3 einen Zeitraum, in dem die Beigeladene noch keine Position innehatte, die einem Statusamt der Besoldungsgruppe B3 entspricht. Die im Beurteilungszeitraum erfolgte Anhebung der Vergütung, die letztlich eine Beförderung für die Beigeladene darstellte, geht aus der Beurteilung nicht hervor. Dies ist aber erforderlich. Denn erst damit wird hinreichend erkennbar, in welchem zeitlichen Umfang der Beurteilte während des Beurteilungszeitraums mit den Dienstgeschäften des „Beförderungsamts“, das den Maßstab vorgibt, befasst gewesen ist (vgl. zu alledem Thüringer OVG, Beschluss vom 8. April 2011 – 2 EO 192/09 – juris). Vor dem Hintergrund, dass die Beigeladene anders als die Antragstellerin, die bereits seit Mai 2008 Leitende Ministerialrätin ist und seit 15. November 2008 der Besoldungsgruppe B3 angehört (vgl. Blatt 426 der Personalakte der Antragstellerin), erst ein Jahr nach Beginn des Beurteilungszeitraums befördert wurde und unklar ist, ob dies dem Beurteiler überhaupt bewusst war, erscheint es zumindest fraglich, inwieweit bei einer ersten Beurteilung im „Beförderungsamt“, das die Beigeladene nicht einmal im gesamten Beförderungszeitraum innehatte, die Höchstnote gerechtfertigt war. Jedenfalls wäre für eine solche Höchstbewertung zur Plausibilisierung eine gesonderte Begründung erforderlich, an der es hier fehlt. Noch fraglicher erscheint aber in diesem Zusammenhang eine Gleichsetzung der Stufe A in der Beurteilung der Beigeladenen mit der Stufe A in der Beurteilung der Antragstellerin („übertrifft die Anforderungen in besonders hervorragender Art und Weise“).

- 27 Nach alledem hält es das Gericht nicht für ausgeschlossen, dass sich nach Herstellung der Vergleichbarkeit der Beurteilungen sowie bei Berücksichtigung der für die Antragstellerin vorhandenen Potenzialbeurteilung hinsichtlich einer B6-Stelle und des Umstands, dass die Beigeladene erst während des Beurteilungszeitraums befördert wurde, ein Beurteilungsvorsprung zugunsten der Antragstellerin ergeben könnte.
- 28 Kann nach alledem im maßgeblichen Zeitpunkt der Erstellung des Auswahlvermerks nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin und die Beigeladene im Wesentlichen gleich beurteilt worden sind, durfte sich der Antragsgegner für die Auswahlentscheidung nicht auf das durchgeführte strukturierte Auswahlgespräch stützen. Letztlich ist aber auch die Durchführung der Auswahlgespräche fehlerbehaftet. Es erscheint bereits zumindest zweifelhaft, ob der zeitliche Abstand von zweieinhalb Monaten zwischen dem Gespräch der Antragstellerin und dem der Beigeladenen noch eine korrekte Auswertung der Gespräche erlaubt, da es gerade bei Auswahlgesprächen auf den unmittelbaren Eindruck im zeitnahen Vergleich der Bewerber ankommt. Dies kann letztlich dahinstehen, da die Durchführung der Auswahlgespräche mit der Antragstellerin und der Beigeladenen jedenfalls deshalb fehlerhaft war, weil die vorgegebenen Aufgaben des Auswahlgesprächs nicht einheitlich behandelt worden sind. So wurde der Punkt 6.4.2 (unterschiedlicher Umgang mit unterschiedlichen Arten von MA) bei der Antragstellerin behandelt, bei der Beigeladenen jedoch nicht. Soll ein strukturiertes Auswahlgespräch Entscheidungsgrundlage für die Besetzung sein und wird nach einem einheitlichen Schema – wie hier – vorgegangen, so muss dieses Schema auch einheitlich auf alle Bewerber angewendet werden.
- 29 Neben der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin, die vorliegend – wie dargelegt – in mehrfacher Hinsicht erfolgt ist, ist weitere Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung in einem Konkurrentenstreit, dass bei einer erneut zu treffenden Auswahlentscheidung die Auswahl der Antragstellerin möglich erscheint. Dies ist hier ohne weiteres der Fall, wie sich schon aus den obigen Ausführungen ergibt. Angesichts dessen, dass die Antragstellerin das Anforderungsprofil uneingeschränkt erfüllt, hervorragend beurteilt worden ist, sie über eine mit Bestnoten versehene Potenzialbeurteilung für eine B6-Stelle verfügt und letztlich auch im durchgeführten Auswahlgespräch gut bis sehr gut

abschnitt und die Beigeladene nur „mit einem leichten Vorsprung“ vor der Antragstellerin lag (vgl. den Auswahlvermerk des Antragsgegners am Ende, Blatt 87 der Verwaltungsakte), ist sogar durchaus in Erwägung zu ziehen, ob hier nicht ein Ausnahmefall der Ermessensreduzierung auf Null zu Gunsten der Antragstellerin vorliegt.

- 30 Soweit der Antragsgegner für den Fall der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung den Abbruch des Verfahrens mit anschließender Versetzung der Beigeladenen auf die streitige Stelle angedacht hat, sieht sich das Gericht zu folgendem Hinweis veranlasst: Ein Abbruch des Auswahlverfahrens ist nur aus einem sachlichen Grund zulässig. Zwar stellt die Rechtswidrigkeit einer Auswahlentscheidung regelmäßig einen solchen sachlichen Grund dar und gibt dem Dienstherrn die Möglichkeit, das bisherige Verfahren abzubrechen und mit einem neuen Auswahlverfahren zu beginnen, etwa weil er keine Aussicht sieht, das bisherige fehlerhafte Verfahren zu heilen oder weil letztlich im Auswahlverfahren nur ein Bewerber verblieben ist, den er für ungeeignet hält. So ist es hier aber gerade nicht. Mit der Antragstellerin steht eine Bewerberin zur Verfügung, bei der aufgrund der oben dargelegten Umstände im Hinblick auf die Vergabe der Stelle sogar eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommen könnte. Wenn der Antragsgegner in dieser Situation sehenden Auges die Beigeladene, die das Anforderungsprofil nicht erfüllt und möglicherweise auch beurteilungsmäßig hinter der Antragstellerin liegt, auf den streitigen Dienstposten versetzt, käme dies einem willkürlichen Vorgehen zumindest nahe. Es könnte sich dann nämlich der Eindruck aufdrängen, dass die Antragstellerin aus unsachlichen, leistungsfremden Erwägungen von der streitigen Stelle ferngehalten werden soll.
- 31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3 VwGO.
- 32 Die Festsetzung des Wertes des Verfahrensgegenstandes beruht auf §§ 53, 52 Abs. 2 GKG.

## Rechtsmittelbelehrung

- 33 Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen die **Beschwerde** an das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz zu.
- 34 Die Beschwerde ist bei dem **Verwaltungsgericht Mainz** (Hausadresse: Ernst-Ludwig-Str. 9, 55116 Mainz; Postanschrift: Postfach 41 06, 55031 Mainz) schriftlich, nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle **innerhalb von zwei Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument bei dem Beschwerdegericht eingeht.
- 35 Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe der Entscheidung zu **begründen**. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz**, schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. **Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.**
- 36 Die Einlegung und die Begründung der Beschwerde müssen **durch einen Rechtsanwalt** oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsgefugte Person oder Organisation erfolgen.
- 37 Gegen die Streitwertfestsetzung findet die **Beschwerde** statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,-- € übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Sie ist nur zulässig, wenn sie **innerhalb von sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, eingelegt wird; ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.
- 38 Die Beschwerde ist **beim Verwaltungsgericht Mainz** (Hausadresse: Ernst-Ludwig-Str. 9, 55116 Mainz; Postanschrift: Postfach 41 06, 55031 Mainz) schriftlich, nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz**, eingeht.

gez. Dr. Freimund-Holler

gez. Riebel

gez. Dr. Lindemann